

[wp-sekretariat@seco.admin.ch](mailto:wp-sekretariat@seco.admin.ch)

Secrétariat d'État à l'économie SECO  
Direction de la Politique économique  
Holzikofenweg 36  
3003 Berne

Tolochenaz, le 11 mars 2022

## **Révision partielle de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels, LCart)**

Madame, Monsieur,

Constructionvaud a l'honneur de vous faire tenir ses déterminations spontanées sur l'avant-projet cité en exergue.

Fondée en 2019, l'association constructionvaud a notamment pour but, dans le cadre de constructionromande, de défendre les intérêts de la construction, par une concertation et une coordination de ses membres en vue de prendre des positions communes à l'attention d'entités tierces (autorités politiques, autorités administratives, associations professionnelles, partis politiques, etc.) dans les domaines de l'économie privée, publique, de la formation professionnelle, juridique, technique, politique et des institutions sociales.

Constructionvaud prendra position uniquement sur les propositions d'articles qui appellent des remarques.

### **1. Remarques générales**

N'ayant pas été directement consultés, nous prenons toutefois la liberté de vous faire parvenir des observations spontanées. Nous nous fondons dans ce cadre sur le fait que l'avant-projet a une grande portée politique, financière, économique ou sociale, conformément à l'art. 3 al. 2 de la loi fédérale du 18 mars 2005 sur la procédure de consultation (LCo ; RS 172.061 : voir également le MCF du 22 janvier 2004 relatif à la loi fédérale sur la procédure de consultation, in FF 2004 485 ss, spéc. 500 et les exemples cités), ce qui autorise les associations concernées à participer à la présente consultation et à exprimer leur avis. Nous nous prévalons ici expressément de l'art. 4 al. 1 et 2 let. e LCo (voir également FF 2004 501). Cela étant exposé, nous nous déterminerons que sur les dispositions proposées qui appellent des commentaires de notre part.

### **2. Appréciation des dispositions proposées**

#### **2.1 Art. 5 AP-LCart**

La proposition d'art. 5 AP-LCart repose sur la motion du Conseiller aux Etats Olivier Français intitulée : « La révision de la loi sur les cartels doit prendre en compte des critères tant qualitatifs

que quantitatifs pour juger de l'illicéité d'un accord » (Motion 18.4282 ; ci-après : la Motion Français). Il est utile de rappeler que ce texte propose en substance de corriger les effets indésirables de la jurisprudence « Gaba-Elmex » (ATF 143 II 297), laquelle a validé une modification de la pratique de la Commission fédérale de la concurrence (ComCo) qui considère que les accords décrits à l'art. 5 al. 3 et 4 LCart constituent en soi une restriction notable à la concurrence, ce qui a pour conséquence qu'il n'y a plus lieu de tenir compte de la portée réelle d'un accord et de déterminer un éventuel impact sur le marché pour être considéré comme illicite, car portant atteinte à la concurrence de manière notable.

Afin de corriger les effets indésirables de cette jurisprudence et de l'insécurité juridique qu'elle peut engendrer, la motion précitée proposait de la notion de « manière notable » dans le cadre de l'art. 5 LCart et d'y intégrer des critères qualitatifs et quantitatifs pour que l'autorité compétente établisse l'absence de concurrence efficace et dans ce cadre l'impact réel d'un accord ou d'une forme similaire de collaboration sur le marché.

L'art. 5 AP-LCart, tel que proposé, va dans le sens de la demande faite dans le cadre de la Motion Français, en ce sens qu'il institue des critères quantitatifs. En revanche, selon nous, la formulation telle que proposée en l'état laisse subsister une trop grande marge de manœuvre, dans la mesure où elle paraît conférer un rôle secondaire s'agissant des critères qualitatifs. Or, dès lors que la Motion Français poursuit comme but de corriger les effets de la jurisprudence « Gaba-Elmex », il est dans l'intérêt de la sécurité juridique que le libellé légal inclue expressément et au même niveau le critère qualitatif. Dans ces conditions, la disposition telle que proposée en les termes suivants :

**« Art. 5 al. 1bis LCart**

Lors de l'appréciation de l'importance de la détermination d'une restriction à la concurrence, l'autorité doivent prendre en compte dans chaque d'espèce critères qualitatifs et des critères quantitatifs. ».

Nous nous permettons également de relever que le rapport explicatif (ci-après : le rapport) contient un nombre important de considérations inexactes et mêmes contradictoires par rapport à l'article proposé, ce qui est pour le moins étonnant. Il nous paraît utile ici de rappeler que la Motion Français vise – à tout le moins implicitement – à un retour à la pratique antérieure à l'arrêt Gaba-Elmex. Or, le rapport laisse entendre qu'une éventuelle modification dans le cadre précité pourrait avoir des conséquences négatives tant sur le plan de la lutte contre les cartels que pour l'économie en général, car la ComCo ne serait plus en mesure de lutter efficacement contre les ententes, ce qui semble constituer une stratégie visant à provoquer la peur auprès des entités consultées et à les inciter à ne pas accepter la modification proposée, pourtant acceptée préalablement par le Conseil national et le Conseil des Etats (rapport, pp. 15-16). Ce procédé est inacceptable et tend à fausser de manière notable la libre formation de l'opinion des entités consultées et, partant, de l'électeur. Pire encore, le rapport semble éluder la pratique alors en vigueur jusqu'à la décision « Gaba-Elmex », alors que l'examen de la pertinence d'une entente à l'aune de critères quantitatifs et de critères qualitatifs était la norme, comme cela ressort très clairement des directives de la ComCo antérieures à 2016, soit à la jurisprudence précitée. Plus particulièrement, l'affirmation péremptoire à teneur de laquelle il était impossible pour la ComCo de lutter efficacement contre les accords illicites entre 1996 et 2016 est erronée. En effet, le droit des cartels dans sa teneur antérieure à la jurisprudence « Gaba-Elmex » a permis de mettre en exergue de nombreux accords préjudiciables à une saine concurrence. En outre, cette jurisprudence n'autorise aucun changement de pratique concernant les présumés accords horizontaux, dans la mesure où elle a été rendue dans un cas d'espèce concernant des accords

verticaux. Il résulte de ce qui précède que, non seulement, le Conseil fédéral doit impérativement procéder à des correctifs lorsqu'il sera appelé à rédiger le message qui accompagnera le projet de révision de la LCart, mais encore, la ComCo ne devra pas fausser dans ses directives la correcte application de la disposition proposée, si elle est adoptée par le Parlement fédéral.

Mais il y a plus. Le rapport mentionne également que la mise en œuvre de la Motion Française pourrait provoquer une augmentation des différences entre le droit suisse et le droit de l'Union européenne en matière de cartels (rapport, pp. 17-18). Là encore, cette affirmation prête largement le flanc à la critique. Outre le fait que la Suisse ne fait pas partie de l'Union européenne et que les Accords sectoriels ne lui imposent pas de reprendre les règles européennes en matière de cartels, c'est précisément la jurisprudence « Gaba-Elmex » qui a provoqué un écart entre les deux législations précitées, dès lors que le droit suisse n'offre plus les mêmes garanties aux entreprises contre les éventuelles dérives de l'autorité compétente en matière de concurrence. Ainsi, dans ce cadre, le droit topique de l'Union européenne n'interdit que les restrictions (cartels ou accords similaires) qui déploient des effets « sensibles » sur la concurrence, ce qui résulte au demeurant très clairement de l'art. 101 al. 1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (dans sa teneur dès le 9 mai 2008 ; JOCE 115, pp. 88-89, soit le fait de « d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence [...] » ; ci-après : TCE), tout en tolérant les accords ou ententes qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs (a) et donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence (b), comme cela ressort de l'art. 101 al. 3 TCE. En d'autres termes, ces règles sont parfaitement comparables aux critères qui étaient appliqués en Suisse avant la jurisprudence litigieuse. Nous relevons également que les ordres juridiques des Etats membres de l'UE contiennent des garanties analogues. Tel est le cas par exemple en Allemagne dans le cadre de la loi fédérale du 26 août 1998 contre les restrictions à la concurrence (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen [GWB ; Bbl 1998 I 2521]). En conclusion, au lieu de rapprocher le droit suisse de ses homologues européens en matière de lutte contre les restrictions à la concurrence, la jurisprudence « Gaba-Elmex » réalise exactement le contraire, si bien que, dans ce domaine, la Suisse est plus sévère que partout ailleurs en Europe.

Il y a également lieu de relever que la jurisprudence précitée ne tient pas compte des prévisions légales prévues par l'art. 5 al. 3 et 4 LCart, dans sa teneur actuelle, qui introduit des présomptions d'illicéité réfragables qui se fondent précisément sur des critères quantitatifs et des critères qualitatifs, ce qui ressort également des travaux préparatoires relatifs à la LCart (MCF du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence, in FF 1995 I 472, spéc. 552-553), lesquels précisent au demeurant qu'il convient pour l'autorité d'établir au cas par cas si l'accord ou l'entente analogue tend à affecter de manière notable ou à supprimer la concurrence. Or, la jurisprudence « Gaba-Elmex » a, en quelque sorte dispensé l'autorité de fournir la preuve des critères quantitatifs. Autrement dit, le fardeau de la preuve incombe aux entreprises soupçonnées de faire partie d'un cartel illicite ou d'une entente illicite, ce qui est manifestement contraire à la volonté du législateur, ce d'autant que ce dernier a rejeté l'introduction d'une « présomption de culpabilité » lorsqu'il a refusé d'entrer en matière sur un projet de révision de la loi sur les cartels allant dans ce sens en 2014. Au surplus, à supposer qu'une inversion du fardeau de la preuve entre en considération, cela ne dispense aucunement l'autorité compétente de procéder à une enquête circonstanciée dans chaque cas d'espèce (FF 1995 I 552 ss). Il résulte de ce qui précède que l'intention du législateur n'était pas, comme indiqué de manière erronée dans le rapport, de lutter contre la surcharge de travail de la ComCo, en lui permettant de ne pas procéder à un examen circonstancié du cas d'espèce (rapport, p. 16), mais précisément de garantir la sécurité juridique en imposant un tel examen.

En outre, nous relevons qu'il convient de corriger les effets indésirables de l'arrêt « Gaba-Elmex » s'agissant de l'inversion de la charge de la preuve qu'il introduit à l'encontre des entreprises objets de la procédure et au bénéfice de la ComCo qui se voit ainsi libérée, à tout le moins implicitement, dès lors que cette jurisprudence n'emporte ni plus ni moins la suppression du critère de la « pertinence », ce qui revient à limiter l'examen à la justification de l'accord pour des raisons d'efficacité économique (art. 5 al. 2 LCart). En effet, dans ce cadre, le pouvoir d'examen de la ComCo et des tribunaux est large, voire discrétionnaire, ce qui conduit à limiter drastiquement la marge de manœuvre de l'autorité de recours et surtout faire supporter aux entreprises concernées les conséquences négatives d'une absence ou d'un manque de preuves concrètes. Il suit de là que les affirmations péremptoires du rapport explicatif selon lesquelles la jurisprudence précitée n'entraîne pas de modification en ce qui concerne la charge de la preuve sont manifestement erronées (rapport, p. 14). Pour parer à ces problématiques, il convient d'intégrer dans la présente réflexion et le message à venir du Conseil fédéral les propositions formulées dans le cadre de la Motion Hans Wicki « Préserver le principe de l'instruction. Le fardeau de la preuve ne doit pas être renversé dans la loi sur les cartels » (Motion 21.4189).

Finalement, nous nous interrogeons sur la prise de position dans le rapport concernant les consortiums, lesquels ont toujours été considérés par la ComCo comme admissibles au regard du droit de la concurrence et au sujet duquel il est spécifié que l'arrêt Gaba n'entraîne pas de durcissement de l'évaluation des consortiums ni sous l'angle « juridique théorique » ni dans la « pratique effective » (rapport, p. 15). Nous nous permettons d'émettre de sérieux doutes à ce sujet, ce d'autant que dans le cadre d'un précédent projet de révision de la LCart, la ComCo a tenté de les interdire. Nous resterons très attentifs à ce sujet, ce d'autant que la ComCo envisage une révision de ses directives, en particulier de la communication PME (rapport, p. 16). Quoiqu'il en soit, la situation actuelle n'est pas suffisante, car elle dépend finalement des orientations que donnera la ComCo dans ses directives, laquelle a même rappelé qu'elle constituait une autorité indépendante (rapport, p. 15), ce qui laisse subsister des craintes raisonnables quant à la mise en œuvre de règles extra-légales sur le sujet. Il est à relever que les consortiums ont, par le passé, déjà fait l'objet d'examens par la ComCo (voir parmi d'autres, ComCo, Enquête 22-0385), selon une méthodologie compliquée pour les petites et moyennes entreprises (voir parmi d'autres, RPW 2021/1, pp. 90 ss), qui, dans le cadre du secteur de la construction, sont parfois contraintes de se regrouper pour obtenir des mandats que ce soit dans les marchés publics ou dans les adjudications privées. Sans précisions légales dans ce cadre, il est à craindre une nouvelle insécurité juridique qui risque de générer des décisions administratives ou judiciaires contraires à la volonté du législateur. Dès lors, il serait indispensable d'inclure les consortiums dans les travaux de mise en œuvre de la Motion Français.

## **2.2 Art. 12a AP-LCart**

Nous nous opposons fermement à l'introduction d'une clause de report ou de suspension de la prescription civile présentée, là encore, erronément comme un bénéfice pour les entreprises qui font l'objet d'une procédure administrative en matière de restriction à la concurrence (rapport, p. 25), mais qui vise en réalité à les dissuader de contester la décision de la ComCo devant les tribunaux.

## **2.3 Art. 42 al. 2 et 3 AP-LCart**

La possibilité de procéder des fouilles corporelles va bien trop loin et constitue une atteinte disproportionnée aux droits des personnes concernées. A tout le moins, cette mesure – tout comme d'ailleurs les perquisitions – devraient faire préalablement l'objet d'un mandat délivré par un magistrat judiciaire.

### 3. Autres remarques

En sus des propositions faites dans le cadre de la consultation relative à l'avant-projet tendant à respecter le principe général de la présomption d'innocence, il nous paraît indispensable de préserver de manière légale les intérêts des entreprises objets d'une enquête de la ComCo en introduisant dans la LCart une interdiction de principe de publier les noms ou les raisons sociales des entités concernées jusqu'à la notification de la décision finale.

En vous remerciant de prendre note de ce qui précède, nous vous prions de croire, Madame, Monsieur, à l'assurance de notre respectueuse considération.

Alain Folly  
Président

David Equey  
Secrétaire général

